

ВІДГУК
офіційного опонента на дисертацію Мамотенка Олега Петровича
«Кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню
з товарами у сфері акцизного оподаткування», подану на здобуття наукового
ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності 12.00.08 – кримінальне
право та кримінологія; кримінально-виконавче право

Включення до Кримінального кодексу України (далі – КК) ст. 204, аналога якої попередній КК не знав, пояснюється прагненням законодавця відреагувати на багатоманітні негативні наслідки, спричинювані незаконним обігом фальшивих предметів, які імітують підакцизні товари. Суспільна небезпека такого обігу, не обмежуючись фіскальною складовою, полягає в заподіянні шкоди встановленому порядку виробництва та реалізації підакцизних товарів, розширенні тіньового сектору економіки, зниженні інвестиційної привабливості країни, посиленні позицій організованої злочинності, негативному впливі на здоров'я людей тощо. Злочин, передбачений ст. 204 КК, – це і прояв недобросовісної конкуренції, який не лише дискредитує торговельні марки легальних виробників підакцизних товарів, а й завдяки демпінговому ціноутворенню призводить до зменшення обсягів продаж таких виробників. А зниження рівня податкових надходжень з боку законослужняних товаровиробників через скорочення бази оподаткування – це знову ж втрати для бюджету.

З цього приводу в Стратегії у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів до 2021 року, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 570-р, зазначається, що незаконна торгівля тютюновими виробами (насамперед сигаретами) традиційно є одним з найбільш дохідних видів діяльності міжнародних злочинних угруповань, яка в сучасних умовах має глобальний транскордонний характер, швидко розвивається та пристосовується до нових обставин, використовує дешеві та широкодоступні новітні технології. Незаконна торгівля тютюновими виробами також впливає на

ефективність державної митної і податкової політики, політики у сфері охорони здоров'я, створює умови для розвитку тіньової економіки, зростання корупції, сприяє криміналізації суспільства внаслідок розвитку незаконних мереж розповсюдження продукції, може бути джерелом фінансування організованої злочинності і терористичних організацій, становить загрозу для національної безпеки та гальмує економічний розвиток держави, має негативний вплив на імідж України на міжнародній арені.

Дані судової статистики засвідчують, що за інтенсивністю застосування серед кримінально-правових заборон, розміщених у розділі VII Особливої частини КК, його ст. 204 традиційно входить у «трійку лідерів». За наявності спектру завдань, виконанню яких покликана сприяти активно затребувана практиками ст. 204 КК (захист фінансових інтересів держави в частині справляння акцизного податку, впорядкування діяльності виробників і продавців підакцизних товарів, забезпечення безпеки споживачів таких товарів, захист засад добросовісної конкуренції тощо), чинна редакція цієї статті КК сформульована небездоганно, хоча лише протягом 2018 р. вона двічі зазнавала змін (на підставі Закону від 22 листопада 2018 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» і Закону від 23 листопада 2018 р. «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо покращення адміністрування та перегляду ставок окремих податків і зборів»¹), а її застосування пов'язане зі значними труднощами.

Основні з них вдало позначені у висновках підготовленого у 2015 р. Верховним Судом України «Аналізу правозастосування судами норм закону про кримінальну відповідальність щодо незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів (деякі проблемні питання (ст. 204 КК))», де зазначається, зокрема, таке. У більшості випадків незаконно виготовлені алкогольні напої, які визнавались предметом відповідного злочину, не

¹ До слова в диспозиції ч. 2 ст. 204 КК, викладеної в редакції цього Закону, виявились пропущеними слова «шляхом відкриття підпільних цехів або з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів», що красномовно демонструє «якість» роботи парламентаріїв.

є підакцизними, оскільки не відповідають усім законодавчо визначеним ознакам підакцизних товарів; законодавчий перелік таких товарів зазнає постійних змін; відсутність чітких критеріїв понять «відкриття підпільних цехів» і «використання обладнання, що забезпечує масове виробництво підакцизних товарів» призводить до неправильної кваліфікації злочинних дій; відсутність визначення мінімальної кількості та (або) вартості незаконно виготовлених підакцизних товарів, за наявності яких незаконні дії щодо них мають тягнути кримінальну відповідальність, ускладнює застосування КК; закріплення в санкціях ст. 204 КК правових заходів, які не є покаранням².

Розуміючи, що фальшиві предмети, які імітують оригінальні підакцизні товари, не відповідають законодавчо визначеним ознакам таких товарів, вітчизняні дослідники пропонують різні варіанти усунення бланкетності в цьому разі, а саме відмови від використання в тексті КК податково-правового за своїм характером поняття «підакцизні товари».

До інших дискусійних питань, пов'язаних із тлумаченням, застосуванням і вдосконаленням ст. 204 КК, варто віднести також питання про: кримінально-правову оцінку самогоноваріння та виробництва «лівих» (необлікованих) партій підакцизних товарів легальними суб'єктами господарювання; співвідношення кримінально караних дій з аналогами підакцизних товарів та інших злочинних посягань (на систему оподаткування, встановлений порядок зайняття господарською діяльністю, права споживачів, життя і здоров'я людей); поглиблення диференціації кримінальної відповідальності за незаконний обіг предметів, які імітують підакцизні товари; відмежування злочину, передбаченого ст. 204 КК, від складів суміжних адміністративних проступків і шляхи узгодження КК і КУпАП задля мінімізації обігу фальсифікованих товарів.

Так, у згаданій вище Стратегії у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів до 2021 року вказується на необхідність: а) чіткого розмежування кримінальної та адміністративної відповідальності за вчинення правопорушень у сфері незаконного виробництва та обігу тютюнових виробів,

² Вісник Верховного Суду України. 2015. № 12. С. 23.

б) уніфікації понятійного апарату, що використовується в законодавстві про кримінальну відповідальність та законодавстві про адміністративні правопорушення.

Перераховані питання потребують серйозного наукового осмислення, виважених і конструктивних відповідей, дати які можна лише за результатами повноцінного монографічного дослідження. Розроблення доктринальної моделі розділу КК, присвяченого господарським і прирівняним до них кримінальним правопорушенням, передбачає, серед іншого, не тільки конструювання кримінально-правових заборон, які б передбачали відповідальність за справді суспільно небезпечні і більш-менш типові (розповсюджені) делікти, включаючи пошук оптимальних криміноутворювальних ознак, а й визначення зв'язків між цими заборонами та їхнє співвідношення з адміністративно-, фінансово- та господарсько-правовими заборонами. Не викликає сумнівів, що саме напрацювання правничої науки покликані стати надійним фундаментом для якісного законотворення в частині визначення нормативних підстав кримінально-правового реагування на вчинення господарських і фінансових посягань.

Повертаючись до тези про труднощі правозастосування, пов'язані з кримінально-правовим реагуванням на незаконний обіг предметів, що імітують підакцизні товари, вважаю за доречне згадати постанову Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13, в якій був сформульований правовий висновок про те, що відповідальність за ст. 204 КК настає лише у разі, якщо винна особа вчиняє певні дії щодо одного з видів продукції, яка за своїми характеристиками підпадає під законодавче визначення поняття «підакцизний товар». Загалом погоджуючись з цим підходом та аргументацією на його користь, наведеною у згаданому судовому рішенні, я водночас був вимушений зробити критичне застереження: якщо наголос при застосуванні ст. 204 КК (услід за Верховним Судом України) робити на дотриманні встановлених стандартів, норм, умов, то це призведе до невиправданого перетворення розглядуваної кримінально-правової заборони у

«мертву»³. Бо ж, зокрема, виготовлені кустарним способом із порушенням технології горілчаного виробництва водно-спиртові розчини (суміші), так би мовити, за визначенням не відповідають вимогам ДСТУ 4256:2003 «Горілки і горілки особливі. Технічні умови». Очевидно, що буквальне дотримання формального підходу, який знаходить відображення в чинній редакції ст. 204 КК, здатне завести практику в глухий кут.

Визнавши водно-спиртову суміш із вмістом етилового спирту 37,6% об'ємних одиниць, виготовлену не промисловим способом, а в домашніх умовах, підакцизним товаром, колегія суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (постанова від 14 листопада 2018 р., справа № 750/3335/16-к) вирішила, що предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК, можуть бути, зокрема, «алкогольні напої, які виготовлені незаконно з порушенням технології чи з неправомірним використанням знака для товарів і послуг, чи копіювання форми, упаковки, зовнішнього оформлення, а так само прямим відтворенням товару іншого підприємця з самовільним використанням його імені...»⁴. Постає питання про правильність викладеної позиції, яка, поза всяким сумнівом, чинитиме вплив на відповідну правозастосовну практику, її сталість та єдність. Видається, що попри зроблений наголос на безпідставності відступу від правового висновку, сформульованого в постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13, Верховний Суд фактично переглянув цей висновок.

Викладене вказує на **актуальність теми** дисертації О.П. Мамотенка, її теоретичне і прикладне значення.

Достовірність та обґрунтованість переважної більшості наукових положень, висновків і рекомендацій, сформульованих у дисертації, забезпечується широтою і різноманітністю опрацьованої джерельної бази, веденням коректної полеміки, використанням методів пізнання, які вдало підібрані з урахуванням предмета дисертаційного дослідження та звернення до яких

³ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 655.

⁴ URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78297703> (дата звернення: 6.06.2019).

переконливо аргументується на рівні окремої структурної частини роботи (підрозділ 1.1), ретельно продуманою логікою викладення матеріалу, яка дозволила автору виконати поставлені перед собою завдання (с. 19–20).

При написанні роботи здобувач опрацював достатній (всього 184 джерела) масив кримінально-правової, кримінологічної, економічної, філософської та іншої літератури, рішення Конституційного Суду України, роз'яснення Пленуму Верховного Суду України з різних категорій кримінальних справ, статистичні відомості, матеріали судової практики та журналістських розслідувань, положення податкового та іншого регулятивного законодавства.

У своїх міркуваннях дисертант постійно спирається на надбання кримінально-правової доктрини – як вітчизняної (сучасної, радянської і дореволюційної), так і зарубіжної, творчо їх розвиваючи, а так само на результати оригінального опитування слідчих, прокурорів, податківців і науковців за темою дисертації (додатки 1–4).

Ознайомлення з роботою дозволяє зробити висновок про те, що О.П. Мамотенко є сумлінним науковцем, яка вміє логічно викладати та аналізувати теоретичний, практичний і законодавчий матеріал, формулювати виважені та узагальнені висновки, застосовувати різноманітні методи наукового пізнання.

Імпонує, серед іншого, те, що поряд із всебічним розкриттям прикладних аспектів кримінально-правового реагування на незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів здобувач висловлює глибокі, фахові та оригінальні судження з приводу фундаментальних кримінально-правових проблем – чинників криміналізації, об'єкта злочину, співвідношення злочину, складу злочину та способу його вчинення, оптимізації законодавства про кримінальні проступки, кримінальної відповідальності та її форм, механізму кримінально-правового реагування на вчинення кримінального правопорушення тощо.

Наукова новизна рецензованої дисертації вбачається у визначенні сучасного стану і перспектив кримінально-правового реагування на незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів. На відміну від своїх попередників,

О.П. Мамотенко, критично оцінивши відповідні доктринальні здобутки і компетентно відреагувавши на зміни в кримінальному та регулятивному законодавстві, зміг запропонувати цілісне уявлення про систему кримінально-правових засобів протидії одному з найбільш розповсюджених і небезпечних господарських деліктів.

Вважаю, що є добре продуманими та аргументованими, у зв'язку з чим заслуговують на підтримку міркування здобувача про:

співвідношення методології наукових досліджень і методики пізнання кримінально-правових явищ;

доцільність виокремлення в механізмі кримінально-правового реагування на вчинення кримінального правопорушення статичних і динамічних компонентів;

невдалість використаного в тексті ст. 204 КК України терміно-поняття «підакцизні товари» і необхідність його адекватної заміни;

поліоб'єктність досліджуваного злочину;

доцільність відображення в тексті вдосконаленої ст. 204 КК України проблеми порушення технології виготовлення, зберігання і транспортування аналогів підакцизних товарів;

перспективність диференціації кримінальної відповідальності за незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів з урахуванням, зокрема, вартості предмета кримінального правопорушення та характеру суспільно небезпечних наслідків;

необхідність вдосконалення санкцій ст. 204 КК України;

поділ форм кримінальної відповідальності на засудження із застосуванням додаткових обмежень і засудження без застосування таких обмежень;

співвідношення кримінальної відповідальності та інших засобів кримінально-правового реагування на вчинення кримінального правопорушення;

доцільність запровадження спеціальної заохочувальної норми, яка підлягатиме застосуванню при незаконному поводженні з аналогами підакцизних товарів.

Практичне значення одержаних результатів у науково-дослідній, законотворчій, правозастосовній діяльності та навчальному процесі достатньою

мірою висвітлене в дисертації (с. 23–24), частково підтверджується актом впровадження (с. 227) і сумнівів не викликає.

Засвоєння положень цієї роботи може бути корисним не лише для правозастосувачів, а й для фахівців-теоретиків, які займаються як коментуванням кримінального закону, так і розробленням доктринальних засад вдосконалення (перегляду) законодавства, присвяченого кримінально-правовому реагуванню на господарські кримінальні правопорушення. Однак основним адресатом пропозицій О.П. Мамотенка є законодавець, оскільки сформульована в дисертації авторська редакція ст. 204 КК України «Незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів» (с. 197–199), попри притаманні їй окремі вади (про них йтиметься нижче), в кращий бік відрізняється і від чинної редакції досліджуваної кримінально-правової заборони, і від тих редакцій ст. 204 КК України, які *de lege ferenda* висувались попередниками здобувача – М.М. Мінаєвим (2005 р.) та А.А. Гмиріним (2018 р.).

Водночас дисертаційне дослідження О.П. Мамотенка, як будь-яка посправжньому творча праця, не позбавлене **окремих вад і дискусійних положень**. Тому загальна позитивна оцінка дисертації не виключає зауважень і побажань, які носять рекомендаційний характер.

1. Присвятивши один із вступних підрозділів своєї роботи «стану дослідження кримінально-правових засобів протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування», дисертант загалом сумлінно опрацював відповідні здобутки кримінально-правової доктрини і правозастосовної практики. Водночас вимушений констатувати, що підрозділу 1.4 притаманні певні прогалини і некоректність в оцінці вказаних здобутків.

Так, О.П. Мамотенко не згадує і, відповідно, критично не оцінює положення, викладені принаймні ще в двох кандидатських дисертаціях із досліджуваної тематики. Це – роботи І.В. Кириченка «Запобігання злочинам у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів» (Київ, 2009 р.) та А.А. Гмиріна «Кримінально-правова характеристика злочину незаконне виготовлення,

зберігання, збут або транспортування з метою збуту підакцизних товарів» (Київ, 2018 р.).

Усього один штрих з приводу доречності більш ретельного опрацювання публікацій попередників. Здобувач (услід за М.М. Мінаєвим та А.А. Гмиріним) вважає за доцільне закріпити як одну з кваліфікуючих ознак незаконних дій з аналогами підакцизних товарів (включаючи їх виготовлення) вчинення таких дій за попередньою змовою групою осіб (с. 197–198). Щодо подібної пропозиції у відгуку А.В. Савченка як офіційного опонента на дисертацію А.А. Гмиріна зазначається, що «на практиці вкрай важко вчинити злочин, передбачений ст. 204 КК України (йдеться про незаконне виготовлення) виключно одним суб'єктом, а тому пропонована дисертантом вказівка на таку кваліфікуючу ознаку, як «попередня змова групи осіб» (у ч. 2) фактично зробить неможливим застосування ч. 1 цієї статті щодо цієї форми об'єктивної сторони складу злочину». Як відомо, однією з вироблених доктриною вимог до змісту кваліфікуючих ознак як засобу диференціації кримінальної відповідальності є те, що це мають бути відносно розповсюджені обставини, які водночас не можуть супроводжувати більшість злочинів певного виду. Тобто ознаки, які є типовими для злочину певного виду, повинні регламентуватись у межах основного, а не кваліфікованого складу злочину. Отже, питання про оптимальність запропонованого дисертантом варіанту диференціації кримінальної відповідальності за незаконні дії з аналогами підакцизних товарів (за допомогою звернення до однієї з групових форм співучасті) залишається відкритим.

Мені складно погодитись з оцінкою законодавчих новел, ініційованих свого часу М.М. Мінаєвим, як «переважно техніко-юридичних, редакційних змін тексту КК» (с. 69), бо, наприклад, пропозиція цього науковця вказати у ст. 204 КК безпосередньо на певні (конкретні) види товарів у випадку сприйняття її законодавцем все ж розв'язувала основну проблему кримінально-правового реагування на незаконне поводження з фальшивими предметами, які імітують оригінальні підакцизні товари.

Здобувач визнає той факт, що в юридичній літературі (М.М. Мінаєв, О.О. Дудоров та ін.) теза про невідповідність незаконно виготовлених предметів законодавчо визначеним ознакам підакцизних товарів була сформульована раніше (с. 23, 39–40). За таких обставин, мабуть, невиправданим є розміщення в рубриці наукової новизни «вперше» положення про те, що предметом складів злочину, передбаченого ст. 204 КК, є аналоги підакцизних товарів, які характеризуються, зокрема, нездатністю підлягати акцизному оподаткуванню.

Сказане тим більше стосується наведеного чи не в кожному підручнику і науково-практичному коментарі КК положення про таку ознаку відповідних предметів, як незаконність їх виготовлення (с. 22). Ця ознака фігурує і в п. 11 постанови Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності», де наводяться роз'яснення про поняття підакцизних товарів як предмета злочину, караного за ст. 204 КК.

Критично слід оцінити і відсутність у дисертації О.П. Мамотенка виваженого (та й будь-якого) аналізу правозастосовних орієнтирів, сформульованих (до речі, із залученням представників кримінально-правової науки) у згаданих вище рішеннях найвищих судових інстанцій, – постанові Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 5 вересня 2013 р. у справі № 5-15к13 і постанові колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 14 листопада 2018 р. у справі № 750/3335/16-к. До слова сам факт ухвалення зазначених судових рішень спростовує твердження дисертанта про те, що вказівка в тексті ст. 204 КК на підакцизні товари, а не на їхні антиподи не справила істотного впливу на правозастосовну ситуацію через професійну звичку правників оперувати юридичними фікціями (с. 55).

2. Виходячи з того, що аналоги підакцизних товарів знаходяться поза податковою системою, оскільки не можуть обкладатися жодним з існуючих податків (с. 86, 89), О.П. Мамотенко пропонує вважати досліджуване посягання кримінальним правопорушенням проти порядку зайняття господарською діяльністю, а не проти системи оподаткування. Остання, на переконання

здобувача, виступає додатковим обов'язковим злочину, передбаченого ст. 204 КК (с. 88, 90, 113). Натомість обстоюване, зокрема, мною положення про належність незаконного виготовлення, зберігання, збуту або транспортування з метою збуту підакцизних товарів до посягань передусім на систему оподаткування ґрунтується на відповідному позначенні специфічного предмета діянь, перерахованих у ст. 204 КК: таким предметом наразі виступають не будь-які, а лише підакцизні товари. Зрозуміло, що позначена дискусія, зумовлена чітко вираженою багатооб'єктністю аналізованого злочину, лежить винятково в теоретичній площині⁵.

Щоправда, міркування дисертанта стосовно податкової складової суспільної небезпеки злочину, передбаченого ст. 204 КК, спонукають поставити для обговорення декілька питань. Як із положенням про належність цього злочину до кримінальних правопорушень проти порядку зайняття господарською діяльністю узгоджується твердження дисертанта про те, що ст. 204 КК є спеціальною нормою щодо ст. 212 КК «Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» (с. 55–56)? Якщо основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 204 КК, пов'язувати не з оподаткуванням, а з господарською діяльністю, то чому перспективи цієї кримінально-правової заборони визначаються дисертантом у контексті саме підакцизної групи товарів?

На мою думку, проблема оптимізації кримінального законодавства, покликаною протидіяти обігу фальсифікованих товарів, не повинна обмежуватись підакцизною групою товарів і не може бути вирішена без вдосконалення закріпленої у ст. 227 КК заборони на випуск або реалізацію недоброякісної продукції.

3. Дисертант задля поліпшення диференціації засобів кримінально-правового реагування висловлює конструктивну пропозицію включити до законодавчого описання об'єктивної сторони досліджуваного кримінального правопорушення вказівку на розміри незаконного поводження з аналогами підакцизних товарів, а в межах примітки авторської редакції ст. 204 КК формулює конкретні параметри

⁵ Докладніше про це див.: Дудоров О.О. Проблеми кримінально-правової охорони системи оподаткування України: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. С. 89–91.

незначних, значних, великих та особливо великих розмірів (с. 96–97, 116–118, 198–199).

Створюється враження, що відповідні кількісні показники взяті «зі стелі», оскільки в тексті дисертації відсутнє належне обґрунтування. Таким чином, у черговий раз маємо справу з притаманною КК фундаментальною проблемою, яку можна позначити як довільність показників, що характеризують суспільно небезпечні наслідки і предмети злочинів (кримінальних правопорушень) у сфері господарської діяльності. Існуючу ситуацію з виробленням обґрунтованих вартісних критеріїв кримінальної протиправності діянь у сфері господарської діяльності можна зрозуміти (але не виправдати): для вироблення цих критеріїв необхідно проводити кримінологічні дослідження. Однак без цього навряд чи вдасться подолати довільність кількісних показників суспільної безпеки господарських кримінальних правопорушень; також не буде дотримана чи не найактуальніша щодо економічних кримінально-протиправних деліктів вимога – вимога соціальної обумовленості КК.

4. На думку здобувача, вчинення аналізованого кримінального правопорушення «особою, судимою за злочини проти порядку здійснення господарської діяльності чи проти системи оподаткування, свідчить про стійку спеціалізовану кримінальну спрямованість його особистості, що суттєво підвищує ступінь суспільної небезпечності самого діяння» (с. 100, 115). У зв'язку з цим як одну з кваліфікуючих ознак незаконного поводження з аналогами підакцизних товарів пропонується закріпити вчинення діяння «особою, яка раніше була засуджена за цією статтею чи статтями 199, 205 чи 227 цього Кодексу» (с. 198).

Не зовсім зрозуміло, чому однорідними в цьому випадку повинні вважатись саме і лише ті діяння, які передбачені вказаними трьома статтями КК, адже в розділі VII його Особливої частини передбачено відповідальність і за інші посягання на порядок здійснення господарської діяльності та систему оподаткування. Сподіваюсь, що пояснення стосовно доцільності такої вибірковості при вдосконаленні законодавчого описання спеціального рецидиву будуть надані дисертантом під час захисту.

Оскільки мова вже зайшла про спеціальний рецидив, закріплений у ст. 204 КК, відзначу, що О.П. Мамотенко допускає неточність, коли пише, що «просто» виготовлення аналогу підакцизного товару, тобто без двох передбачених ч. 2 ст. 204 КК ознак («шляхом відкриття підпільних цехів» та «з використанням обладнання, що забезпечує масове виробництво таких товарів»), не є злочином, оскільки воно не передбачене жодною частиною цієї статті (с. 112). Насправді незаконне виготовлення підакцизних товарів особою, яка раніше була засуджена за ст. 204 КК, утворює склад злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, незалежно від того, в який спосіб (домашні умови, кустарне виробництво, відкриття підпільного цеху тощо) виготовлялись відповідні предмети. Інакше кажучи, спеціальний рецидив відіграє в цьому разі (інше питання – чи доречно) роль криміноутворювальної ознаки.

Потребують уточнення і пов'язані з попереднім висловлювання дисертанта про те, що «адміністративна відповідальність за незаконне виготовлення таких товарів можлива лише за умови їх виготовлення без мети збуту, наприклад, за виготовлення самогону для власного вжитку (ст. 176 КУпАП). Отже, має місце прогалина в законодавстві: незаконне виготовлення аналогів підакцизних товарів з метою збуту без названих вище ознак не визнається правопорушенням» (с. 112).

Річ у тім, що якщо в незаконному виготовленні підакцизних товарів відсутні ознаки, вказані у частинах 2 або 3 ст. 204 КК, то особа може притягуватись до адміністративної відповідальності, зокрема, на підставі ст. 164 КУпАП «Порушення порядку провадження господарської діяльності», ст. 164-16 КУпАП «Зайняття забороненими видами господарської діяльності» або ст. 177-2 КУпАП «Виготовлення, придбання, зберігання або реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв або тютюнових виробів». Відсутність висвітлення у дисертації проблематики співвідношення складу злочину, передбаченого ст. 204 КК, і складів зазначених адміністративних проступків слід оцінити критично.

5. Здобувач вважає, що самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення як предмети, що є аналогами підакцизних товарів, уже сьогодні мають визнаватись предметом злочину, передбаченого ст. 204 КК (с. 85).

Думка не нова. Наприклад, відносно нещодавно В.О. Навроцький, розмірковуючи над тим, наскільки універсальним є положення про необхідність врахування норм, до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, і норм, які можуть застосовуватися в порядку субсидіарного застосування статей КК, висловився в тому ключі, що при визначенні належності самогону до алкогольних напоїв як підакцизних товарів навряд чи доречно звертатись до Гармонізованої системи кодування товарів як документа, що має дуже віддалений зв'язок із кримінально-правовою оцінкою вчинків людини. Складно зрозуміти, розмірковує цей вчений, на якій підставі самогон не визнається спиртним напоєм. Ну, не прохолоджуючим же напоєм він є?⁶

Не поділяючи викладений підхід *de lege lata*, я в науково-практичному коментарі до ст. 204 КК пишу про те, що самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення (чача, арака, тутова горілка, кумишка тощо) як такі, що не є підакцизними товарами, предметом розглядуваного злочину не визнаються. Адже підакцизними є не будь-які спиртні напої, а лише ті вироби, яким присвоєно певний код згідно з УКТ ЗЕД. Самогон та інші міцні спиртні напої домашнього вироблення у Податковому кодексі України не фігурують і, в принципі, не можуть і не повинні згадуватись; щодо них не встановлені ставки акцизного податку у гривнях з одиниці товару. Акцизним податком як загальнодержавним непрямим податком обкладаються предмети, які можуть виготовлятися, бути об'єктом правочинів і знаходитись у власності суб'єктів лише на легальних підставах та в передбаченому законодавством порядку⁷.

З урахуванням наведеної аргументації (навіть при тому, що вона носить формальний характер) я, на відміну від О.П. Мамотенка, не вважаю міцні спиртні напої домашнього вироблення навіть аналогом підакцизних товарів, не кажучи вже про належність цих напоїв до підакцизних товарів як таких.

⁶ Навроцький В.О. Суперечності, прогалини та дискусійні положення сучасної теорії кримінально-правової кваліфікації. *Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції*, 16 січня 2016 р., м. Львів. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2016. С. 127–128.

⁷ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. С. 655.

Тому, можливо, більш вдалим варіантом розв'язання проблеми кримінально-правової оцінки самогонваріння є реалізація доктринальної пропозиції передбачити в кримінальному законі відповідальність за незаконне виробництво з метою збуту і збут спиртних напоїв або їх сурогатів⁸. Подібним чином розмірковує М.І. Хавронюк, який, констатувавши невизначеність з питання, чи охоплюються статтею 204 КК випадки виготовлення і збуту спиртних напоїв домашнього вироблення під виглядом підакцизних алкогольних напоїв (наприклад, віскі), висловився за те, щоб у тексті ст. 204 КК фігурували, зокрема, алкогольні або спиртні напої⁹.

До речі, визначення розмірів незаконного обігу аналогів підакцизних товарів дисертант пропонує ставити в залежність від вартості відповідного обсягу справжніх підакцизних товарів (с. 96–97); з цією метою в примітці авторської редакції ст. 204 КК використовується зворот «... вартість яких, якби це були підакцизні товари, становила б...» (с. 199). Цікаво дізнатись у здобувача, яким чином за такого підходу визначатиметься вартість предмета кримінального правопорушення, якщо в цій ролі виступатиме самогон чи інший спиртний напій домашнього вироблення.

6. У всіх частинах сформульованої здобувачем редакції ст. 204 КК термін «аналог підакцизних товарів» використовується для позначення предмета такої дії, як виготовлення. Натомість придбання, зберігання, транспортування і збут (якщо тлумачити вказану редакцію буквально¹⁰) вчинятимуться стосовно підакцизних товарів, тобто в цій частині основна проблема, притаманна чинній редакції аналізованої кримінально-правової заборони, не усувається (сказане, вочевидь, стосується і кваліфікації самогонваріння).

Ще однією вадою редакції ст. 204 КК, сформульованої О.П. Мамотенком, є відсутність застереження про незаконність відмінних від виготовлення дій, вчинюваних стосовно підакцизних товарів (а не їхніх аналогів). При цьому

⁸ Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений. Москва: Статут, 2005. С. 164–165.

⁹ Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 214.

¹⁰ У частинах 1–4 авторської редакції ст. 204 КК йдеться про «придбання *таких* товарів, їх зберігання чи транспортування або збут...».

дисертант не сумнівається в правомірності таких дій: «... придбання, збут, зберігання і транспортування справжніх підакцизних товарів, тобто виготовлених у законний спосіб, не може утворити склад злочину, передбаченого ст. 204 КК України» (с. 93). Дії з аналогами підакцизних товарів (наприклад, їх зберігання чи транспортування) за певних умов також можуть бути правомірними. І цей нюанс аналізована редакція ст. 204 КК так само не бере до уваги.

7. Констатувавши, що перелік підакцизних товарів може зазнавати змін, зокрема, в бік скорочення (с. 84), і розглянувши особливості застосування ст. 48 КК «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із зміною обстановки» щодо осіб, які вчинили незаконне поводження з аналогами підакцизних товарів (с. 167–169), дисертант стверджує, що виключення певного товару з числа підакцизних слід розцінювати як зміну обстановку.

Таким чином, О.П. Мамотенку імпонує підхід, згідно з яким оновлення нормативного матеріалу, що конкретизує положення КК, не означає зміни останнього. Хоч на усунення злочинності діяння зміни в суміжних із КК законах і підзаконних актах або їх скасування можуть впливати, цими перетвореннями положення КК, чинні на момент скоєння злочину, не зачіпаються. Тому вказані законодавчі зміни, спроможні викликати втрату суспільної небезпеки певного злочину, пропонується розглядати як об'єктивний критерій зміни обстановки.

Однак із питання обрання належного варіанту кримінально-правового реагування на ситуації, в яких поліпшення правового становища того, хто порушив КК, стає результатом змін не кримінального закону, а тих іншогогалузевих джерел права (як правило, нормативно-правових актів), до яких відсилають бланкетні диспозиції статей КК, існує й інший підхід, який полягає у визнанні існування опосередкованої декриміналізації та більш-менш докладно висвітлений в юридичній літературі¹¹. Прикро, що згаданий доктринальний підхід залишився для дисертанта непоміченим.

8. Здобувач не зовсім вдало формулює об'єкт і предмет свого дослідження (с. 20) при тому, що ці категорії наукового пошуку відповідно до вимог,

¹¹ Дудоров О.О. Кримінальне право: теорія і практика (вибрані праці). Київ: Ваіте, 2017. С 31–37.

встановлених до дисертацій як наукових кваліфікаційних робіт, співвідносяться між собою як загальне і часткове. Так, якщо кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з аналогами підакцизних товарів є саме статичним компонентом відповідного механізму, як на цьому послідовно наполягає здобувач, то хіба фактично висвітлений у розділах 3 і 4 роботи динамічний компонент у вигляді застосування (реалізації) таких засобів «вписується» у визначений предмет дисертаційного дослідження? Сумніваюсь у цьому.

«Склад незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування» О.П. Мамотенко визнає підставою кримінальної відповідальності і передумовою застосування інших засобів кримінально-правового характеру (с. 42). У зв'язку з цим навряд чи може бути оцінена схвально та обставина, що предмет дисертаційного дослідження обмежується «кримінально-правовими засобами протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування», не включаючи в себе підставу (передумову) застосування цих засобів.

З іншого боку, доволі широко сформульована тема дисертації, формально відповідаючи заявленому предмету наукового дослідження, явно не обмежувалась проблематикою тлумачення, застосування і вдосконалення ст. 204 КК, адже передбачала розкриття питань кримінально-правового реагування на незаконне поводження з відповідними предметами за допомогою щонайменше статей 199, 227 і 229 КК, а також висвітлення проблеми рекриміналізації «товарної» контрабанди¹².

Ведучи мову про предмет дисертаційного дослідження О.П. Мамотенка, приверну увагу й до того, що дослідник активно послуговується поняттям «кримінально-правова характеристика злочину». При цьому з урахуванням того, що кримінально-правова характеристика певного злочину як система спеціалізованої інформації про його істотні ознаки охоплює, серед іншого, розкриття соціальної зумовленості визнання того чи іншого діяння злочином (у

¹² Доцільність аналогічного (широкого) підходу обстоюють й інші дослідники (див., наприклад: Савченко А.В., Плугатир М.В. Удосконалення механізму відповідальності у сфері виробництва й обігу підакцизних товарів. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2015. Вип. 6. Т. 3. С. 53–56; Шейко К.В. Предмет та види злочинів, пов'язаних з незаконним обігом алкогольних напоїв та інших підакцизних товарів. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 207–210).

цьому дисертант не сумнівається – див. с. 34–35, 41 та ін.), розміщення підрозділу «Соціальна зумовленість визнання незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування кримінальним правопорушенням» поза межами розділу 2 дисертації «Кримінально-правова характеристика незаконного поводження з товарами у сфері акцизного оподаткування» виглядає нелогічним.

До слова, обмежившись опрацюванням відомої публікації В.І. Борисова та О.О. Пащенко, дисертант залишив поза своєю увагою підхід А.А. Вознюка, який обстоює положення про співвідношення складу злочину та кримінально-правової характеристики злочину як співвідношення частини і цілого та охоплення останнім, зокрема, відомостей про категорії, пов'язані з кримінальною відповідальністю за вчинення злочину¹³. За таких обставин позиція здобувача з питання про співвідношення кримінально-правової характеристики кримінального правопорушення та кримінально-правових засобів протидії йому потребує уточнення під час захисту, зокрема, в аспекті більш чіткого визначення предмета дисертаційного дослідження.

Зроблені зауваження і побажання стосуються дискусійних питань, не впливають на належний рівень дисертації, не піддають сумніву основні наукові результати, отримані здобувачем.

Положення, висновки і рекомендації, сформульовані у дисертації, повно викладено в 12 наукових працях, з яких: 4 – це статті, опубліковані в наукових виданнях України, визнаних фаховими з юридичних наук; 1 – стаття опублікована в науковому виданні іноземної держави; 7 – тези доповідей і повідомлень на науково-практичних конференціях.

Автореферат дисертації відображає зміст основних положень дисертації.

Отже, за актуальністю, ступенем новизни, обґрунтованістю і достовірністю, науковою і практичною значущістю отриманих результатів, повнотою їх викладення в опублікованих дисертантом наукових працях, а також за оформленням дисертація відповідає вимогам, які встановлені в пп. 9, 11 і 12

¹³ Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 154–160.

Порядку присудження наукових ступенів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24 липня 2013 р. № 567 із змінами.

З огляду на викладене, дисертація О.П. Мамотенка «Кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з товарами у сфері акцизного оподаткування» є завершеною кваліфікаційною працею, в якій отримано нові науково обґрунтовані результати, що в сукупності розв'язують конкретне наукове завдання, яке має істотне значення для кримінального права, а саме досліджено кримінально-правові засоби протидії незаконному поводженню з аналогами підакцизних товарів, підставу та умови застосування цих засобів, а також сформульовано загалом виважені і конструктивні пропозиції, спрямовані на вдосконалення КК.

Автор дисертації – Мамотенко Олег Петрович – на основі публічного захисту заслуговує на присудження наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.08 – кримінальне право та криминологія; кримінально-виконавче право.

Офіційний опонент
завідувач науково-дослідної лабораторії
з проблем попередження, припинення
та розслідування злочинів територіальними органами
Національної поліції України
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка,
доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України

Підпис О.О. Дудорова засвідчую
Перший проректор



О.О. Дудоров

М.В. Карчевський